

APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LEY DE EXTRANJERÍA

ANGEL G. CHUECA SANCHO

SUMARIO: — I. LAS CCAA Y LA CELEBRACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. — II. LA PRIMACÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. El valor jurídico de los tratados en el derecho español. 2. Especial importancia de los tratados de Derechos Humanos en la Constitución Española. — III. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. Normas directamente aplicables y normas no directamente aplicables. 2. La aplicación de los tratados por las CCAA. — IV. LA LEY DE EXTRANJERÍA VIOLA TRATADOS VINCULANTES PARA ESPAÑA: 1. La modificación de normas de tratados internacionales por la Ley de Extranjería. 2. La Ley no respeta las libertades de reunión, asociación y sindicación ni el derecho de huelga de los inmigrantes. 3. La Ley no respeta su derecho al trabajo y a la seguridad social. 4. La Ley no respeta el derecho a la vida familiar de los inmigrantes. — V. LAS CCAA DEBEN APLICAR LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULANTES PARA ESPAÑA: 1. Las CCAA están obligadas a aplicar los tratados internacionales en el ámbito de sus competencias. 2. Educación y asistencia jurídica gratuita como ejemplos: A) Las CCAA deben aplicar los tratados internacionales que protegen el derecho de todos a la educación. B) Las CCAA deben aplicar los tratados internacionales que protegen el derecho de todas las personas sin recursos a la asistencia jurídica gratuita. — VI. UNA CONCLUSIÓN BIDIMENSIONAL: 1. Las CCAA violan el Derecho Español si no aplican los tratados internacionales vinculantes para España. 2. España incurre en responsabilidad internacional.

I. LAS CCAA Y LA CELEBRACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Según el art. 2 de las dos Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre el derecho de los tratados, cuando hablamos de tratados internacionales nos referimos a acuerdos celebrados por escrito entre Estados, o entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre éstas últimas, regidos por el Derecho Internacional, con la intención de asumir obli-

gaciones jurídicamente vinculantes; dichos acuerdos pueden constar en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y su denominación particular puede ser la de tratados, acuerdos, convenios, etc.

Siguiendo este concepto, tienen capacidad para celebrar estos tratados (1) los Estados y las Organizaciones Internacionales. Al hablar de Estados, entendemos en general que disponen de esa capacidad los Estados soberanos, no los entes subestatales. Pero el Derecho Internacional no impone esta tesis, sino que deja a cada Estado que decida en su Derecho Interno si, además del Estado central, también pueden celebrar tratados internacionales los citados entes subestatales.

La cuestión de si los entes subestatales tienen capacidad para celebrar tratados internacionales se plantea primero en los Estados federales; en ellos, en general (salvo que digan otra cosa sus normas internas, casi siempre al nivel de normas constitucionales) solamente dispone de dicha capacidad, el Estado federal, no los Estados federados.

La misma problemática se plantea en otros Estados de estructura compleja, como el Estado regionalizado (por ejemplo Italia) o el Estado de las Autonomías (como España).

Descendiendo a un terreno más concreto, deberemos preguntarnos por tanto si en el Derecho Español tienen también capacidad para celebrar tratados internacionales las Comunidades Autónomas (CCAA); leyendo el art. 149, 1, 3º, de la Constitución Española, observaremos que las relaciones internacionales son competencia exclusiva del Estado; como ha indicado el Tribunal Constitucional, en esas "relaciones internacionales" han de incluirse "materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (ius contrahendi) y a la representación exterior del Estado (ius legationis), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado... Y ello excluye, necesariamente, que los entes territoriales dotados de autonomía política, por no ser sujetos internacionales, puedan participar en las "relaciones internacionales" y, consiguientemente, concertar tratados con Estados soberanos y Organizaciones internacionales gubernamentales" (2).

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional deja claro que las

(1) Por celebración de los tratados internacionales se entiende la negociación de los mismos, la adopción del texto, la autenticación y la manifestación del consentimiento del Estado o de la Organización Internacional para obligarse internacionalmente mediante ese tratado.

(2) Sentencia del TC 165/1994, de 26 de Mayo, sobre tratados internacionales y competencias de las CCAA, F.J. 5.

CCAA no pueden celebrar tratados; pero ello no sucede "necesariamente" por no ser sujetos del Derecho Internacional; sucede porque el ordenamiento interno español no concede esta competencia a las mencionadas CCAA.

Intentando completar el panorama, nos formularemos asimismo una segunda pregunta: ¿Tienen las CCAA alguna participación (por pequeña que sea) en la celebración de los citados tratados? La respuesta la hallamos en los diferentes Estatutos. Diferenciaremos dos proyecciones del Estado, la exterior, centrada en la negociación, la adopción del texto, la autenticación del mismo y la manifestación del consentimiento de los Estados para obligarse internacionalmente mediante tratados internacionales, y la interior o sea la de aplicación o ejecución de tales tratados.

Las CCAA pueden realizar ciertos actos relacionados con la proyección exterior; analizando los Estatutos de Autonomía, distinguiremos tres tipos de cláusulas estatutarias en esta materia:

- Cláusulas que recogen la solicitud de información que las CCAA pueden formular sobre los tratados que está negociando el Estado;
- Cláusulas que recogen la solicitud que realizan las CCAA para que el Estado negocie un tratado internacional;
- Cláusulas que recogen el deber del Estado de informar a las CCAA sobre los tratados que negocia.

Encontramos en primer lugar muchos Estatutos de Autonomía donde se afirma que la Comunidad Autónoma podrá solicitar al Gobierno de la Nación *información sobre los tratados* que aquél esté negociando. Así sucede con los Estatutos de Euskadi, Cataluña y Andalucía (arts. 20.5, 27.5 y 23.1). Desde luego debe quedar claro que negocia el Gobierno de la Nación, pero esas CCAA pueden solicitarle información sobre la marcha de las negociaciones.

Otro segundo grupo de Estatutos permite que las CCAA *soliciten al Gobierno de la Nación la celebración de tratados internacionales*, por ejemplo en materias culturales o lingüísticas o incluso en materia de inmigración, para dar una mejor protección a los inmigrantes. Esta última posibilidad se halla en el art. 23 del Estatuto de Andalucía o en el art. 40.3 del Estatuto de Castilla-La Mancha; también se halla regulada en el art. 40.3 del Estatuto de Aragón, donde se lee que la Comunidad Autónoma de Aragón "podrá solicitar del Gobierno de la Nación la celebración de tratados o convenios internacionales en materias de interés para Aragón y, en especial, en las derivadas de su situación geográfica como región fronteriza".

Ciertamente las CCAA, cuyos Estatutos contienen normas de este tenor, incitan o empujan al Gobierno de la Nación a negociar esos tratados, pero no deciden si se han de negociar o no se han de negociar, competencia que es propia del mencionado Gobierno.

Finalmente nos encontramos con las cláusulas que recogen *el deber del Gobierno de la Nación de informar a las CCAA sobre la elaboración de los tratados internacionales* que puedan afectar a materias de su específico interés. Ello se proclama en los Estatutos de Andalucía (art. 23.1), País Vasco (art. 20.5), Cataluña (art. 26.5), etc.

En la misma dirección se mueve el Estatuto de Aragón cuando, en su art. 16, señala en su párrafo k), que es también competencia de las Cortes de Aragón "la recepción de la información que proporcionará el Gobierno de la Nación sobre tratados internacionales y proyectos de legislación aduanera, en cuanto se refieran a materias de particular interés para Aragón".

Siendo importantes estos aspectos, podemos centrarnos en la proyección interior de los tratados internacionales. En dicha proyección se incluyen sobre todo dos aspectos: La primacía de los tratados sobre el Derecho interno español y la aplicación de los tratados internacionales. Desde luego en la aplicación intervienen las CCAA de una manera directa, como veremos después.

II. LA PRIMACÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

La primera cuestión relevante de la proyección interna de los tratados es la correspondiente al valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho español. Hablamos así de su primacía; completando el panorama, habrá que poner de relieve la especial importancia de los tratados de DH en la Constitución Española.

1. El valor jurídico de los tratados en el derecho español

En el Derecho Internacional Público afirmamos que las normas internacionales (insertas o no insertas en los tratados) (3) priman sobre cualquier norma interna; esta primacía significa que, si se produce un choque o una discrepancia o una contradicción entre una norma internacional y otra interna, debe prevalecer siempre la norma internacional.

(3) Las costumbres internacionales y los principios generales del derecho, sobre todo.

Los Estados aceptan esta primacía; por eso, admiten expresamente que ningún Estado puede invocar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento o violación de un tratado internacional (4).

Partiendo de estas ideas generales, en una referencia sintética conviene que nos preguntemos cuál es el valor jurídico de los tratados en el derecho español. Pues bien, leyendo la Constitución Española afirmamos que los tratados tienen un valor jurídico infraconstitucional pero supralegal:

— Decimos que *los tratados tienen un valor jurídico infraconstitucional* porque deben respetar las normas constitucionales. Si existe un tratado que se oponga a la Constitución y España desea convertirse en parte en ese tratado, primero ha de modificarse la Constitución. Por eso afirma el art. 95, 1º: "La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional" (5).

— Decimos que *los tratados tienen un valor jurídico supralegal*, porque son superiores a las leyes internas y ello tiene dos importantes consecuencias:

1ª Las normas de un tratado internacional no pueden ser modificadas ni derogadas ni suspendidas por ninguna ley interna, sino que deben serlo por los procedimientos establecidos en Derecho Internacional, como exige el art. 96, párrafo 1º de la Constitución (6). No juega pues aquí el viejo principio según el cual "la ley posterior deroga a la ley anterior".

Por tanto, si las normas insertas en un tratado no pueden ser derogadas más que por otras normas internacionales (convencionales o no), ello significa indudablemente el carácter supralegal de los tratados. Este carácter debe ser respetado en todo caso por el legislador español, salvo que desee violar esta norma constitucional.

2ª Las leyes internas de un Estado deben adecuarse a los tratados, deben respetar lo que dicho Estado se ha comprometido a cumplir; si no se produce ese respeto, España viola la Constitución, viola el tratado e incurre en responsabilidad internacional.

(4) Art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Sí puede invocarse, en cambio, la violación de normas de Derecho interno para conseguir la nulidad de un tratado, cuando la violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental del Derecho interno (art. 46 de la citada Convención de Viena de 1969).

(5) Ello se produjo ya en 1992, cuando se revisó el art. 13 de la Constitución, para adecuarlo al Tratado de Maastricht.

(6) Aspecto a analizar después, en el apartado IV.

2. Especial importancia de los tratados de Derechos Humanos en la Constitución Española

Existe además otro aspecto que resulta relevante en esta cuestión: La especial importancia de los tratados de DH en la Constitución Española. El art. 10, 2º, de la Constitución observa que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Por tanto España debe cumplir los tratados en los que sea parte; pero, además la Declaración Universal de Derechos Humanos (que no es un tratado) y los tratados de DH obligatorios para España también deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar los derechos protegidos por la Constitución o las leyes.

¿Cuál es la finalidad última del art. 10, 2º, de nuestra Constitución? El evitar que los órganos españoles (especialmente los tribunales) interpreten los DH de un modo restrictivo y los limiten e incluso los desnaturalicen.

El Tribunal Constitucional español ha aplicado el art. 10, 2º, de la Constitución en numerosas ocasiones; especialmente interesante parece la sentencia 113/1992 (7), en la cual —refiriéndose al art. 14, 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (8)— señala que esa disposición del Pacto constituye "un límite infranqueable a la libertad de configuración normativa del legislador". Por tanto, dado su carácter supralegal, los tratados limitan la libertad del legislador, a la hora de actuar. Pues bien, en la Ley de Extranjería el actual legislador ha franqueado o ha traspasado ese límite de una manera arbitraria.

Realizando el valor del art. 10, 2º, de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional ha observado en numerosas ocasiones que los DH deben interpretarse teniendo en cuenta no solamente las normas de la Declaración Universal y de los tratados de DH obligatorios para España sino también las decisiones de los órganos internacionales de protección, que aplican esos tratados; con frecuencia, las mismas sentencias del Tribunal Constitucional español se apoyan en tales decisiones, especialmente en las sentencias del Tribunal Europeo de DH (9).

(7) De 14 de Septiembre de 1992, fundamento jurídico 6.

(8) Que protege el derecho de todo condenado a apelar su condena ante un tribunal superior.

(9) Consultar Carlos F. PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal Constitucional y tratados de Derechos Humanos*, Egido Editorial, Zaragoza 2002.

III. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el epígrafe de aplicación de normas internacionales, nos referimos a la aplicación por los órganos internos o estatales de costumbres o tratados internacionales; hablamos también de aplicación de los actos internos que adoptan las Organizaciones Internacionales, incluido el derecho derivado de las Comunidades Europeas (10).

Cuando un Estado se halla vinculado u obligado por un tratado internacional, todos sus órganos deben cumplirlo y debe aplicarse a todo el territorio del Estado (salvo que expresamente el tratado indique lo contrario, mediante la llamada "cláusula federal").

Habrà de observarse que (en general) la aplicación de los tratados internacionales plantea sobre todo dos grandes problemas: El primero relacionado con la misma norma a aplicar, el segundo relacionado con los órganos competentes para aplicarla (11). Desde estas coordenadas, examino las normas directamente aplicables y las no directamente aplicables; me centro después en la aplicación de los tratados internacionales por las CCAA.

1. Normas directamente aplicables y normas no directamente aplicables

Basándonos en la mayor o menor concreción de las obligaciones que expresan, en los tratados internacionales diferenciaremos dos tipos de normas: Las denominadas self-executing o directamente aplicables y las not self-executing o no directamente aplicables.

Las primeras son aquellas que no necesitan ningún desarrollo legal o reglamentario porque contienen mandatos directos y perfectamente aplicables. Deben aplicarse pues tal como se hallen en los tratados. Y deben aplicarse no solamente a las relaciones entre los poderes públicos, sino también a las relaciones entre particulares y poderes públicos o simplemente entre particulares, cuando se dirijan a ellos. Muchas de las normas insertas en tratados de Derechos Humanos tienen sin duda este carácter de normas directamente aplicables; por tanto, cuando un

(10) En dicho epígrafe habría que incluir asimismo la aplicación de los principios generales del derecho. A pesar de su trascendencia, paso por alto la aplicación de actos internos de Organizaciones Internacionales; no obstante, sobre todo del mencionado derecho derivado de las Comunidades Europeas.

(11) Consultar C. GUTIÉRREZ ESPADA, *Derecho Internacional Público*, Trouta, Madrid 1995, pp. 641-645.

Estado es parte en un tratado de DH, sus normas deben ser cumplidas por todos (órganos del Estado y simples particulares) y pueden ser alegadas ante los Tribunales internos, quienes evidentemente están obligados a aplicarlas.

Pero en los tratados encontramos asimismo normas no directamente aplicables, que necesitan desarrollo para que puedan aplicarse; este desarrollo habrá de producirse en algunos casos por vía normativa, mientras en otros habrá de seguir la vía simplemente administrativa. Pues bien, ese desarrollo forma parte de la aplicación de los tratados.

Que algunas normas convencionales necesiten desarrollo no quiere decir que no tengan carácter obligatorio o vinculante para las partes; significa que no pueden aplicarse, que no pueden ejecutarse si antes no se completan. Obligan a las partes y precisamente entre sus obligaciones en estas circunstancias está la obligación de desarrollar esas normas.

En general, si algunas normas existentes en los tratados precisan desarrollo legal, será competente para efectuarlo el correspondiente órgano parlamentario; si necesitan desarrollo reglamentario, la competencia corresponderá al ejecutivo.

No obstante, en los Estados de estructura compleja (federales, regionalizados, autonómicos), ello puede variar profundamente y dependerá de la distribución de competencias entre el Estado central y los entes subestatales. Por tanto, si el tratado regula una materia que sea competencia del Estado central, será éste el que proceda a su desarrollo; si la materia, por el contrario, pertenece al ámbito competencial de una Comunidad Autónoma, el órgano autonómico facultado para ello deberá ser el que adopte las oportunas normas que desarrollen las normas convencionales *not self-executing*.

Idéntica problemática surge en el momento de aplicar por vía administrativa las normas de un tratado. Si la competencia regulada corresponde al Estado central, él se encargará de esta aplicación; pero si la competencia pertenece a una Comunidad Autónoma, ésta debe aplicar las normas de ese tratado.

2. La aplicación de los tratados internacionales por las CCAA

Por otro lado, también ha de admitirse que las normas internacionales responden, en general, a dos modelos normativos: Aquellas que contienen obligaciones dirigidas tan sólo a regular las relaciones internacionales de los Estados y las normas dirigidas a regular directamente derechos y deberes de los particulares. Es claro que en el primer caso,

las normas convencionales deben ser aplicadas sobre todo por los órganos centrales del Estado; en el segundo caso, la aplicación puede exigir la intervención de todos los órganos del Estado (12), incluyendo pues los de las CCAA.

Ello es así porque los órganos, competentes para la aplicación o ejecución de los tratados, los fija cada ordenamiento interno. En el caso español, hemos de afirmar por tanto que las CCAA pueden intervenir pues en la misma; su intervención dependerá obviamente de la extensión de sus competencias.

Efectivamente, aunque el art. 149, 1, 3º de la Constitución Española atribuye las relaciones internacionales al Estado, la proyección interior de los tratados puede afectar a las CCAA. En esta dirección es posible diferenciar tres aspectos de la aplicación: El desarrollo legal de un tratado internacional por una CCAA, el desarrollo reglamentario del mismo y la ejecución o aplicación administrativa.

Muchos Estatutos de Autonomía atribuyen expresamente la aplicación de los tratados internacionales como una competencia de las CCAA; ello sucede, por ejemplo, en el art. 32.2, del Estatuto de Andalucía, en el art. 12.1, del Estatuto de Asturias, etc. El Estatuto de Autonomía de Aragón, en su art. 40.4, afirma expresamente: "La Diputación General de Aragón adoptará las medidas necesarias para la ejecución, dentro de su territorio, de todos los tratados internacionales y actos normativos de las Organizaciones Internacionales en lo que afecten a las materias propias de las competencias de la Comunidad Autónoma".

En realidad, esta y similares atribuciones expresas tienen —como escribe A. MANGAS MARTÍN— un "valor meramente declarativo pues la misma competencia de desarrollo normativo la tienen *todas* las CCAA" (13). Existan pues o no existan esas afirmaciones en los correspondientes Estatutos de Autonomía, todas las CCAA tienen competencia para la aplicación o ejecución de un tratado en su ámbito territorial si disponen de la competencia en la materia concreta regulada por el tratado.

Si el tratado necesita un desarrollo legal, será generalmente el órgano parlamentario autonómico el que deba adoptarlo, aun cuando el órgano ejecutivo autonómico elabore el proyecto correspondiente; si precisa un desarrollo reglamentario, ello corresponderá al órgano ejecutivo autonómico.

(12) Ver Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, segunda edic. revisada, Civitas, Madrid 2002, p. 289.

(13) En M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13 edic., Tecnos, Madrid 2001, p. 204.

En todo caso, si una Comunidad Autónoma carece de competencias en una materia, no podrá aplicar ella por sí misma los tratados internacionales ni los actos normativos de las Organizaciones Internacionales; además, si sus competencias son compartidas con el Estado central, deberán aplicar los citados tratados y actos teniendo plenamente en cuenta este aspecto.

Partiendo pues de las anteriores constataciones, puede afirmarse que el sistema español se ha decantado en la práctica por respetar el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA en la proyección interna de los tratados; entre la tesis centralista, que atribuiría la ejecución o aplicación de los tratados internacionales al Estado central, considerando este aspecto como parte de "las relaciones internacionales" (del art. 149, 1, 3º) y la tesis autonomista, ha prevalecido la segunda (14).

Si no se hubiese decantado por este respeto, el vaciamiento de contenido de los Estatutos de las CCAA habría podido ser muy sencillo: Primero el Estado central transferiría una competencia a las CCAA; en segundo lugar celebraba un tratado internacional sobre esa materia; después él mismo se encargaría de la ejecución del citado tratado. Con ello se cerraba de nuevo el círculo y en la realidad volvería al Estado central la competencia nominalmente transferida.

Existe pues un derecho de las CCAA de ejecutar o aplicar un tratado internacional en su ámbito competencial y territorial. Un derecho que ha obtenido un reconocimiento inequívoco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se pronuncia de un modo muy claro desde comienzos de la década pasada. Tiene una gran relevancia en tal sentido la sentencia de 28 de Mayo de 1992 dictada en el caso de las Ordenes ministeriales sobre ganado vacuno en la cual se afirma textualmente: "El Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149,1, 3º) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de la Constitución y Tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo. Si así fuera, dada la progresiva ampliación de la esfera material de intervención de la Comunidad Europea, habría de producirse un vaciamiento notable del área de competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas" (15).

Finalmente no hay que olvidar dos aspectos:

(14) A. REMIRO BROTONS Y OTROS, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid 1997, pp. 368-369.

(15) STC 79/1992, FJ 6.

1º En muchas materias el Estado dispone de la competencia para adoptar la legislación básica; en tal caso, la aplicación de los tratados internacionales por las CCAA deberá respetar esa legislación básica.

2º No debe ser el conflicto competencial sino el principio de lealtad o de colaboración el que debe presidir las relaciones entre las CCAA y el Estado en esta y otras materias (16).

IV. LA LEY DE EXTRANJERÍA VIOLA TRATADOS VINCULANTES PARA ESPAÑA

Entremos ahora en un examen comparativo entre la Ley de Extranjería o Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (17) y algunos tratados de DH en los que es parte España.

El examen puede hacerse asimismo desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos; pero dos razones empujan a seguir la vía convencional:

- En primer término, dada la naturaleza jurídica de la Declaración Universal (que, aun cuando tenga una gran significación y un enorme valor jurídico, como demuestra por ejemplo la lectura del art. 10, 2º, de nuestra Constitución, sigue sin ser un tratado internacional), su obligatoriedad resulta bastante más difusa que la de los tratados.
- En segundo lugar, desde la perspectiva procesal no debe olvidarse que la Declaración Universal carece de órganos encargados de la protección de los DH en ella proclamados.

El examen comparativo, entre la Ley de Extranjería y algunos tratados internacionales de DH que obligan a España, demuestra que un importante número de normas de la mencionada Ley viola claramente normas de esos tratados internacionales.

(16) Como mantiene reiteradamente la jurisprudencia constitucional.

(17) Sigo, en esta materia, la ponencia presentada (en abril de 2001) en el Seminario de Investigación para la Paz (de Zaragoza), titulada *Los Derechos Humanos de los extranjeros en Europa: Entre el respeto y la discriminación*, cuyo texto se halla en prensa. La Ley Orgánica 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (BOE de 23 de diciembre de 2000) modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (BOE de 12 de enero de 2000); el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 8/2000 (BOE de 21 de julio de 2001). El análisis exhaustivo de la Ley y el Reglamento (con los textos legales anotados, un completo estudio de la legislación vigente y los formularios y los modelos) puede verse en la obra (de gran interés teórico y práctico y actualizada a noviembre de 2001) de P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, titulada *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.

En este examen comparativo me referiré tan sólo a las contradicciones directas, a los choques frontales entre normas de la Ley y normas de tratados internacionales. Esas normas son las siguientes (18):

- El art. 7 de la Ley, que protege la libertad de reunión.
- El art. 8 que protege la libertad de asociación.
- El art. 9 que nos habla del derecho a la educación.
- El art. 10 que proclama el derecho al trabajo y a la seguridad social.
- El art. 11 que se refiere a la libertad de sindicación y de huelga.
- El art. 14 que recoge el derecho a la seguridad social.
- El art. 16, que recoge el derecho a la vida en familia, y
- El art. 22, que reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Podemos hablar así de cinco conjuntos de problemas: Las libertades de reunión, asociación y sindicación y el derecho de huelga, por un lado; el derecho al trabajo y a la seguridad social, por otro; el derecho a la vida familiar, en tercer lugar, el derecho a la educación, en cuarto término, y, finalmente, el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Analizaré primero la modificación de normas de tratados internacionales por la Ley de Extranjería. Repasaré después los tres primeros conjuntos de normas internacionales violadas. Dejaré el derecho a la educación y el derecho a la asistencia jurídica gratuita para revisarlos en el apartado V.

1. La modificación de normas de tratados internacionales por la Ley de Extranjería

Dice el art. 96, 1º, de nuestra Constitución que “los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser modificadas, derogadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

Precisamente analizando esta norma, escribe F. MARIÑO MENÉNDEZ que, “por mandato y remisión de la Constitución, las normas del Derecho Internacional propias de ese ámbito del “Derecho de los Tratados”

(18) Consultar mi estudio titulado *La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados internacionales que vinculan a España*, El Vuelo de Ícaro, nº 2-3, 2001/2002, pp. 237 y ss.

obligan a todos los órganos del Estado español cuyos poderes sólo se ejercen *constitucionalmente* si aplican las normas y procedimientos especiales establecidos por el Derecho Internacional. Por lo tanto, una ley interna española no puede producir el efecto jurídico de la inaplicación (menos aún el de la “expulsión” del ordenamiento jurídico) de una norma convencional “contradictoria” con ella, que esté internacionalmente en vigor para España y haya sido regularmente publicada” (19).

Abundado en la misma dirección puede afirmarse —en palabras del Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española— que “donde la Constitución y los Tratados internacionales no distinguen, la Ley (por muy Orgánica que ésta sea) no puede distinguir” (20).

¿Ha respetado el legislador español esta prescripción constitucional en este caso o se ha “olvidado” de la misma? El legislador español se vale de la técnica de la restricción de derechos a los extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados; a través de dicha técnica, modifica unilateralmente normas insertas en tratados internacionales que obligan o vinculan a España. De esa manera se produce, simultáneamente, la violación del art. 96, 1º, de nuestra Constitución, y de los tratados internacionales cuyas obligaciones son exigibles a España.

En otras palabras, allí donde los tratados internacionales dicen “todos” o “todas las personas tienen derecho a...”, el legislador español ha dicho: “Sólo los residentes...”, o sea sólo los que se hallen legalmente en territorio español tienen ese derecho.

En realidad, el legislador español (desde una visión anacrónica, localista e inadmisiblemente jurídica) se ha olvidado de un principio básico en Derecho, el que exige la interpretación de los tratados internacionales desde la buena fe. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (entre Estados), que también obliga a España, exige esa interpretación de buena fe en su art. 31, 1º. Pues bien, si España hubiese respetado este principio, ello se habría notado inequívocamente en la redacción de la Ley de Extranjería.

Un ejemplo inequívoco de este olvido se halla en el caso nº 2121, que surge como consecuencia de la queja interpuesta en marzo de 2001

(19) *Derecho Internacional Público (Parte General)*, tercera edic. revisada, Trotta, Madrid 1999, p. 575.

(20) *Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, texto en la página web del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (<http://www.reicaz.es/extranjeria>), p. 4.

contra el Gobierno de España por el Secretario General de la Unión General de Trabajadores (UGT). Esa queja ha sido analizada por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), concluyendo en marzo de 2002 que España viola el Convenio n° 87 de la OIT (21). El art. 2 del Convenio n° 87 de la OIT afirma textualmente: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas".

En la misma dirección, el art. 1 del Convenio n° 98 observa que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo". Diferenciar entre trabajadores extranjeros documentados e indocumentados no es desde luego la adecuada protección contra la libertad sindical sino una clara discriminación prohibida por este Convenio.

La respuesta del Gobierno español a la queja presentada por la UGT, según el informe definitivo del Comité de Libertad Sindical, no deja lugar a dudas de esta modificación unilateral de normas insertas en un Convenio. La respuesta contiene los siguientes aspectos de gran relevancia:

1° Según el Gobierno, "en realidad, lo que hace la Ley 8/2000 es clarificar la situación de los extranjeros que se encuentran legalmente en España respecto a los que no lo están... El Gobierno especifica que si se restringen los derechos de los extranjeros ilegales no es porque son extranjeros, sino precisamente porque son ilegales" (22). Formalmente por tanto no se les ha privado de su condición de personas...

2° El extranjero ilegal, "si bien en su condición de persona y, como tal, es titular indiscutible de derechos y libertades, por su condición de ilegal se aleja sin embargo de la ordenación jurídica que en las sociedades actuales le permitiría el ejercicio y la efectividad de tales derechos". En otros términos, el extranjero ilegal indiscutiblemente tiene esos derechos pero indiscutiblemente no puede ejercerlos.

A estas alturas de la evolución jurídica, en un Estado de Derecho, resulta ocioso recordar que, quien no puede ejercer un derecho, real-

(21) Agradezco al Área de Migraciones de la UGT (Comisión Ejecutiva Confederal) el envío tanto del texto de la queja como del Informe Definitivo del Comité de Libertad Sindical.

(22) Apartado 556 del Informe Definitivo para esta y la siguiente cita textual.

mente carece de él, realmente no lo tiene. Lo contrario supone efectuar maniobras jurídicas tal vez de gran efectismo político pero de nula validez en Derecho; estas maniobras no solamente desprestigian a quien las efectúa, sino que también redundan en inseguridad jurídica y en desprestigio de todo el Derecho.

3° Entramos de lleno en la problemática del art. 96, 1°, cuando en su respuesta el Gobierno afirma lo siguiente: "El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que *los países*, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el Pacto a personas que no sean nacionales suyos" (23). Pues bien, acudamos ahora al citado Pacto; su art. 2, párrafo 3 observa textualmente: "*Los países en vías de desarrollo*, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos".

Comparando la respuesta española y el texto del art. 2, párrafo 3°, ambos literalmente transcritos, se observa cómo España se autojuzga país en desarrollo o el asesor jurídico y el redactor de esta respuesta modifican unilateralmente el Pacto, que obliga a España (24). Esta interpretación de dicha norma del citado Pacto Internacional realizada por uno de nuestros estudiantes de Derecho supone sin duda un claro e irreversible motivo de suspenso; cuando aparece en la respuesta oficial de España, provoca perplejidad, consternación, preocupación, etc.

Finalmente habremos de recordar que el Comité de Libertad Sindical reitera que la única excepción a la libertad sindical de todos los trabajadores la contiene el art. 9 del Convenio n° 87 "y se refiere a las fuerzas armadas y a la policía. Por tanto, a juicio del Comité, todos los trabajadores, salvo los contemplados en esta única excepción, están amparados por el Convenio n° 87" (25).

2. La Ley no respeta las libertades de reunión, asociación y sindicación ni el derecho de huelga de los inmigrantes

La Ley de Extranjería dice en sus arts. 7, 8 y 11 que los extranjeros disfrutarán del derecho de reunión, de asociación, de sindicación y de huelga pero añade una limitación jurídicamente inaceptable: Afirma

(23) Apartado 558 del Informe Definitivo del Comité de Libertad Sindical.

(24) Ratificado por España, texto publicado en el BOE de 30 de abril de 1977.

(25) Apartado 561 del Informe Definitivo.

que estos derechos los extranjeros "sólo podrán ejercerlos cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España".

En otras palabras, según los tratados todas las personas tienen estos derechos pero las personas indocumentadas o las insuficientemente documentadas no pueden ejercerlos hasta que no tengan los documentos exigidos por el Derecho español. Por tanto esas personas carecen realmente de tales derechos, han sido privadas de ellos por la Ley de Extranjería.

Comparemos ahora esas normas con la Convención Europea de DH, adoptada en 1950 en el Consejo de Europa y completada mediante 12 protocolos adicionales. Su art. 11 protege las libertades de reunión y asociación, observando: "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses".

Pues bien, el art. 11 de la Convención europea permite que estos derechos se restrinjan pero cumpliendo las siguientes cuatro condiciones:

- Que las restricciones se prevean en la Ley; esta condición (el criterio de la legalidad) la cumple la Ley de Extranjería.
- Que las restricciones sean "necesarias en una sociedad democrática"; estamos así ante la conjugación del criterio de la necesidad y del criterio de la sociedad democrática. Desde luego privar de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga a algunos extranjeros ni es una medida "necesaria" ni resulta admisible "en una sociedad democrática"; por el contrario, ha de conceptuarse claramente como una medida innecesaria y antidemocrática.
- Que las restricciones sean proporcionadas al fin perseguido; nos encontramos ahora con el criterio de la proporcionalidad. Resulta claro que el fin último perseguido por la Ley de Extranjería es el de evitar la inmigración ilegal; pues bien, ese fin no puede ser logrado mediante la privación individual de estos derechos a los extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados. La proporción entre ese fin y la medida adoptada (la violación de unos DH atribuidos a todas las personas) no existe.
- Que las restricciones obedezcan a motivos como la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás; he aquí el criterio de la motivación. Tampoco parece razonable que se ale-

que uno de estos motivos para privar de estos derechos a los extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados.

No puede olvidarse en la misma dirección el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, cuyo art. 22, párrafo 3º, también protege estos derechos. Por otro lado destacaré que el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también protege "el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección"; y si el citado Pacto dice "toda persona", ese derecho se atribuye a toda persona, nacional o extranjera, documentada o indocumentada. Finalmente, si analizamos el problema desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo, habrá que recordar el Convenio nº 87, antes examinado, cuya violación ha sido constatada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Por lo tanto, la Ley de Extranjería (en sus arts. 7, 8 y 11) viola claramente la Convención Europea de DH, ambos Pactos Internacionales y el Convenio nº 87 de la OIT.

3. La Ley no respeta su derecho al trabajo y a la seguridad social

Otra norma de la Ley de Extranjería inequívocamente impugnada desde la perspectiva de los tratados de DH que obligan a España es la contenida en su art. 10. Dice su párrafo 1º: "Los extranjeros, que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente". Se afirman ahora dos derechos: El derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social.

Respecto al derecho al trabajo, comparando esta norma con el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comprobaremos asimismo el choque frontal entre ambas. El art. 6 de este Pacto señala: "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho".

Tampoco hace falta poseer grandes conocimientos jurídicos ni una especial técnica interpretativa (sino interpretar la citada norma dando a sus términos su sentido corriente y desde la buena fe) para observar que este derecho se atribuye en el Pacto a toda persona, nacional o extranjera, documentada suficientemente o no.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma además que los Estados partes deben tomar medidas adecuadas para garantizar ese derecho; privar de él a los trabajadores extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados no es desde luego una medida adecuada para garantizar este derecho, sino un modo de soslayar los compromisos adquiridos en el Pacto. Luego también en este aspecto España viola inequívocamente sus obligaciones internacionales asumidas mediante un tratado.

Respecto al derecho a la seguridad social, la Ley también lo atribuye tan sólo a los extranjeros residentes, en el citado art. 10 y en el art. 14. Pues bien, ambas normas violan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 9 señala que "los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

No obstante, habrá de recordarse que el art. 14 de la Ley de Extranjería tan sólo viola obligaciones internacionales asumidas convencionalmente por España en sus apartados 1º y 2º. El apartado 3º, por el contrario, respeta tales obligaciones pues atribuye a todas las personas ("cualquiera que sea su situación administrativa") el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

4. La Ley no respeta el derecho a la vida familiar de los inmigrantes

El art. 16, párrafo 1º, de la Ley de Extranjería señala que "los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con los Tratados internacionales suscritos por España". Nos encontramos nuevamente ante una norma muy curiosa:

- Cita los tratados internacionales que España debe aplicar;
- Pero realmente viola los mismos tratados que cita y que debería aplicar.

La violación se produce al afirmar que sólo los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar; según el legislador español, los no residentes carecen pues de tan elementales derechos.

Muy distinta es la posición de los tratados internacionales de DH que obligan a España; leyendo por ejemplo el art. 8, párrafo 1º, de la Convención Europea de DH, podremos comprobar cómo "toda persona

tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". Por tanto, ese derecho corresponde a toda persona, sea nacional o extranjera, documentada o indocumentada.

En la misma dirección puede aducirse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) y la Convención de Derechos del Niño (arts. 8 y 16).

Al no respetar España sus obligaciones asumidas mediante tratados internacionales, otra vez se produce pues el choque frontal que analizo en el presente estudio.

V. LAS CCAA DEBEN APLICAR LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULANTES PARA ESPAÑA

Indudablemente los DH constituyen el único patrón jurídico aplicable a los inmigrantes en un Estado de Derecho; pero la Ley de Extranjería no aplica este patrón, sino que viola cinco tratados internacionales de DH que obligan o vinculan a España.

Tras el examen comparativo que he efectuado, puede constatar que ocho normas de la Ley de Extranjería violan directamente algunas obligaciones asumidas por España mediante tratados de DH; la Convención Europea de DH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de Derechos del Niño y el Convenio nº 87 de la OIT están directamente afectados por dicha violación.

Desde el Derecho Constitucional español puede afirmarse que, si surge un choque o una contradicción entre una ley y una norma inserta en un tratado que vincule a España, prima el tratado y la ley interna debe adecuarse o adaptarse al tratado, no al revés.

Estas premisas, suficientemente explicitadas, nos permiten analizar a continuación dos aspectos: La obligación de las CCAA de aplicar (en el ámbito de sus competencias) los tratados internacionales que obligan a España y dos ejemplos concretos (educación y asistencia jurídica gratuita) donde —dada la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA— puede plasmarse esa obligación.

1. Las CCAA están obligadas a aplicar los tratados internacionales en el ámbito de sus competencias

Numerosos Estatutos de Autonomía atribuyen a las CCAA compe-

tencias de ejecución en materia laboral. Así sucede por ejemplo con el art. 12, apartado 10 del Estatuto de Asturias, con el art. 26, apart. 11 del Estatuto de Cantabria, el art. 33, apart. 11 del Estatuto de Castilla-La Mancha, el art. 36, apart. 10, del Estatuto de Castilla y León o el art. 39, 2º, del Estatuto de Aragón.

En dichos Estatutos suele afirmarse que corresponden al Estado "todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores". Obviamente sobre las migraciones exteriores inciden en muchas ocasiones tanto normas internas como internacionales.

Partiendo de esas previsiones estatutarias, habremos de preguntarnos qué aspectos incluyen las migraciones exteriores. Pues bien, una interpretación racional y de buena fe de tales normas estatutarias sí parece lógico que incluya, entre otros, aspectos como la entrada de extranjeros o la salida de los mismos. Pero la misma interpretación racional y de buena fe no puede incluir en las migraciones exteriores el trato que España debe dar a los extranjeros que se hallen ya en territorio español; tampoco puede afirmar que ese trato debe ser distinto al que exigen los tratados internacionales de DH.

Situándonos en el terreno de los tratados internacionales, queda muy claro que las CCAA (que también están obligadas por los tratados que vinculan a España) deben aplicarlos en el ámbito de sus competencias. Como es obvio, las CCAA deben actuar dentro del marco de sus competencias o poderes; no pueden superar dicho marco porque violarían las normas que les resulten aplicables.

Al examinar la Ley de Extranjería nos encontramos con un problema: Competencias de las CCAA que se hallan reguladas a la vez por leyes internas y por tratados internacionales y contradicción entre la Ley de Extranjería y diversos tratados internacionales que vinculan a España.

Del carácter superior (o carácter supralegal, antes examinado) de las normas insertas en los tratados internacionales sobre las leyes internas debe concluirse que las CCAA están obligadas a aplicar dichos tratados internacionales incluso en el supuesto de que una ley interna los contradiga, esté en oposición con ellos, los viole. Así lo exige la mínima coherencia del propio ordenamiento interno español.

2. Educación y asistencia jurídica gratuita como ejemplos

Apliquemos ahora esta conclusión a la Ley de Extranjería en dos terrenos concretos: Los tratados de Derechos Humanos que protegen el derecho de todas las personas a la educación y los que protegen el dere-

cho de todas las personas sin recursos económicos a la asistencia jurídica gratuita.

A) Las CCAA deben aplicar los tratados internacionales que protegen el derecho de todos a la educación

Avancemos ahora hasta una hipótesis: La Comunidad Autónoma X tiene competencias en materia de educación. Pues bien, de acuerdo con las bases sentadas con anterioridad, dicha Comunidad Autónoma está obligada a aplicar los tratados internacionales que vinculen a España. Si no lo hace, ello acarrea una doble consecuencia (que examinaré después): Viola el Derecho español y hace que España incurra en responsabilidad internacional.

En cuanto al derecho a la educación, la Ley de Extranjería dice en el párrafo 1º de su art. 9: "Todos los extranjeros menores de 18 años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas".

Esta norma respeta perfectamente las previsiones de los tratados de DH que vinculan a España; cumple sin tacha alguna los tratados internacionales que obligan a España. Tal respeto o intachable cumplimiento se produce porque dicha norma parte de la no discriminación entre españoles y extranjeros y concede a todos el mismo derecho a la educación básica.

Pero el párrafo 3º de este mismo art. 9 de la Ley nos dice: "Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles". Si revisamos atentamente este párrafo 3º, comprobaremos que esta norma abre la enseñanza no obligatoria únicamente a los extranjeros residentes legalmente, privando de la misma a los indocumentados o insuficientemente documentados.

El párrafo 3º del art. 9 choca directamente con tres tratados vinculantes para España: La Convención Europea de DH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención de Derechos del Niño.

La Convención Europea de DH recoge en su Protocolo adicional nº 1 (que también obliga a España) la siguiente afirmación: "A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción" (art. 2).

El art. 9, 3º, de la Ley de Extranjería resulta a la vez claramente

incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. El art. 13 de este Pacto, párrafo 2º, apartado c), indica: "La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita". Pues bien, ese "todos" engloba a todas las personas que se hallen en el territorio de un Estado o sea bajo la jurisdicción de éste; y no permite excluir a los indocumentados ni a los insuficientemente documentados.

Por otra parte, la Convención de Derechos del Niño, que también obliga a España, en su art. 28, párrafo 1º, apartado c), atribuye el derecho de acceso a la enseñanza superior a todos, sobre la base de la capacidad de cada persona. De nuevo queda clara la incompatibilidad entre la Ley de Extranjería y los tres tratados citados, que obligan a España.

B) Las CCAA deben aplicar los tratados internacionales que protegen el derecho de todas las personas sin recursos a la asistencia jurídica gratuita

El derecho a la asistencia jurídica gratuita significa que nadie puede quedarse sin defensa ante los tribunales porque carezca de recursos económicos. Si una persona no tiene recursos, los Estados ponen a su disposición un abogado de oficio.

El párrafo 1º del art. 22 de la Ley de Extranjería dice que los extranjeros, que se hallen en España y carezcan de recursos, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan conducir a la denegación de su entrada, a su devolución o a su expulsión; tienen el mismo derecho en los procedimientos relativos al asilo. Si no comprenden o no hablan la lengua oficial que se utilice en el procedimiento, también tienen derecho a un intérprete.

Este párrafo no suscita ningún problema de compatibilidad con los citados tratados de DH. Pero el derecho a la asistencia jurídica gratuita y a un intérprete sólo lo extiende la Ley de Extranjería a todos en esos cuatro casos (denegación de entrada, devolución, expulsión y asilo).

¿Qué sucede con la asistencia jurídica gratuita en otros casos? Sucede que el art. 22, en su párrafo 2º, lo extiende sólo a los residentes, a los documentados, que prueben insuficiencia de medios económicos. Sin embargo, los indocumentados o los insuficientemente documentados no disfrutan de ese derecho y aquí surge de nuevo el choque frontal con normas internacionales.

La Convención Europea de DH, en su art. 6, señala que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial y a defenderse por sí misma o mediante un defensor y "si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio" (párrafo 3º, apartado c). En similares términos se expresa el art. 14, párrafo 2º, apartado d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que protege el derecho de toda persona "a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios para pagarlo".

Ese derecho a la asistencia jurídica gratuita lo tienen pues todas las personas, según los dos tratados internacionales. Pero el legislador español no asumió los claros términos de los tratados internacionales; por el contrario, modifica el contenido de esos tratados, de sus disposiciones. Por tanto, el art. 22, párrafo 2º, de la Ley de Extranjería viola directamente dichos tratados.

Conectemos ahora estos tratados internacionales con las competencias de determinada Comunidad Autónoma. Si ésta tiene competencias en asistencia jurídica gratuita y no la ofrece a todas las personas que carezcan de recursos económicos, sea cual fuere el asunto por el que se hallen ante los tribunales y sea cual fuere su situación administrativa en España (españoles, extranjeros documentados, extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados), ello acarrea una doble consecuencia: La citada Comunidad Autónoma viola el Derecho Español y hace que España incurra en responsabilidad internacional.

VI. UNA CONCLUSIÓN BIDIMENSIONAL

Del anterior desarrollo podemos extraer una conclusión bidimensional. Una de las dimensiones se orienta hacia las mismas CCAA; la otra se dirige hacia el Estado. Cabe concluir en concreto que:

1º Si las CCAA no aplican los tratados internacionales vinculantes para España o los aplican de modo incompleto o inadecuado, violan el Derecho Español;

2º Además dicha violación —en cuanto supone una violación de un tratado internacional— implica la responsabilidad internacional de España.

1. Las CCAA violan el Derecho español si no aplican los tratados internacionales vinculantes para España

Se produce en primer lugar la violación del Derecho Español por

parte de la o de las CCAA afectadas. En esta dirección no deberemos olvidar que (según nos dice el art. 96, 1º, de la vigente Constitución Española) "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno", o sea del Derecho Español.

Desde luego, cuando los Tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno, obligan a todos los sujetos afectados por sus normas, deben ser cumplidos por todos ellos, ya sea el Estado central, las CCAA, los ayuntamientos, los simples particulares, etc.

Como se deduce de todo lo anterior, desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, la obligación de que las CCAA apliquen (siempre en su ámbito competencial) los tratados internacionales válidamente celebrados por España subsiste incluso en el caso de Leyes internas contrarias o "contradictorias" con dichos tratados, como la Ley de Extranjería; en tal hipótesis el carácter suprallegal de las normas insertas en los tratados hace que las primeras primen sobre las normas internas, sobre todas las normas internas.

2. España incurre en responsabilidad internacional

La inaplicación o la aplicación incompleta o inadecuada de los citados tratados internacionales por una Comunidad Autónoma tiene además otra dimensión: España incurre en responsabilidad internacional.

Debe quedar claro que quien incurre en la citada responsabilidad internacional es España, no la correspondiente Comunidad Autónoma. En realidad, esta última no tiene subjetividad internacional y por tanto no puede actuar en el ámbito internacional (26), no puede incurrir en responsabilidad internacional. Pero sus actos, en el ámbito internacional, sí forman parte de los actos de España, que puede incurrir en responsabilidad internacional por un acto de uno de sus órganos, sea cual fuere su posición en el organigrama interno español.

En estos momentos, la institución clásica de la responsabilidad internacional no afecta o funciona únicamente en las relaciones entre Estados. Por el contrario, en el actual Derecho Internacional Público la violación de un tratado internacional a veces puede ser alegada por

(26) Problema distinto es hasta dónde llega ese ámbito internacional. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 165/1994, de 26 de mayo, ha indicado que "cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas, lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales...es indudable que (las CCAA) poseen un interés en el desarrollo de esa dimensión comunitaria" (F.J. 4).

particulares (personas físicas o jurídicas) ante un órgano internacional, como los que protegen los Derechos Humanos; de esa forma, en algunos casos cabe la presentación de auténticas quejas, demandas o reclamaciones de particulares contra Estados ante órganos internacionales.

Si una Comunidad Autónoma no aplica la Convención Europea de Derechos Humanos (en concreto el derecho de todas las personas a la asistencia jurídica gratuita o el derecho de todas las personas a acceder a la educación, incluida la educación superior), España incurre en la mencionada responsabilidad internacional y puede ser llevada ante el Tribunal Europeo de DH, por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación (art. 34 de la Convención), corriendo entonces un muy serio riesgo de ser condenada por el citado Tribunal.

En ese caso concreto, la condena pierde el carácter teórico que algunos especialistas en Derecho Interno le atribuyen, reduciéndola al terreno de las Relaciones entre Estados. Estaremos por el contrario ante relaciones entre particulares (españoles o no) y España, y en numerosos casos tales relaciones tendrán unos efectos económicos claramente perceptibles: El Estado demandado (España) puede ser condenado mediante sentencia (evidentemente obligatoria) a pagar determinadas cantidades económicas.

Por tanto, la inaplicación o la aplicación incompleta o inadecuada de un tratado internacional (vinculante para España) por una Comunidad Autónoma, que actúe en el marco de sus competencias, produce unos efectos bien definidos como son la violación de nuestro Derecho Interno y la responsabilidad internacional de España.

Completando el panorama pero en un terreno en el cual las CCAA carecen de competencias y éstas corresponden al Estado, también habrá que recordar que España ha incurrido ya en responsabilidad internacional al adoptar una Ley de Extranjería que viola directamente tratados internacionales. El Comité de Libertad Sindical de la OIT, en su Informe Definitivo en el caso nº 2121 (antes citado), observa que España debe tener en cuenta "el art. 2 del Convenio nº 87, en virtud del cual los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen el derecho de afiliarse a las organizaciones que estimen oportunas". Casos similares pueden volver a plantearse ante otros órganos internacionales de protección de DH.